

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Abgrenzung
3. Versicherungsrechtliche Besonderheiten
4. Anspruchsgrundlagen für eine bezahlte Freistellung
 - 4.1 Freistellungsansprüche aus Gesetz
 - 4.2 Freistellungsansprüche aus Tarifvertrag
 - 4.3 Freistellungsansprüche aus Vertrag
5. Anspruchsgrundlagen für eine unbezahlte Freistellung
6. Mitbestimmung
7. Rechtsprechungs-ABC
 - 7.1 ALG-Anwartschaftszeit
 - 7.2 Annahmeverzug - 1
 - 7.3 Annahmeverzug - 2
 - 7.4 Außerordentliche Kündigung
 - 7.5 Ausübung eines kommunalpolitischen Mandats
 - 7.6 Beamter - Ordneinsatz bei Warnstreik
 - 7.7 Beschäftigungsverbot/Urlaub
 - 7.8 Betriebsänderung
 - 7.9 Corona-Freistellung - 1
 - 7.10 Corona-Freistellung - 2
 - 7.11 Eigenmächtiges Fernbleiben
 - 7.12 Erkranktes Kind - TVöD
 - 7.13 Erlöschen von Urlaubsansprüchen
 - 7.14 Feiertage und Urlaub
 - 7.15 Freistellungserklärung
 - 7.16 Freistellung und Arbeitslosengeld - 1
 - 7.17 Freistellung und Arbeitslosengeld - 2
 - 7.18 Interessenabwägung
 - 7.19 Mitbestimmung - 1
 - 7.20 Mitbestimmung - 2
 - 7.21 Mitbestimmung - 3
 - 7.22 Rechtsschutz
 - 7.23 Schenkungsanfechtung
 - 7.24 Sonderurlaub - Allgemeines
 - 7.25 Sonderurlaub - Kürzung von Urlaubsansprüchen - 1
 - 7.26 Sonderurlaub - Kürzung von Urlaubsansprüchen - 2
 - 7.27 Sonderurlaub - Politisches Mandat
 - 7.28 Sozialversicherungspflicht - 1
 - 7.29 Sozialversicherungspflicht - 2
 - 7.30 Störende Ereignisse
 - 7.31 Streitwert bei Mehrvergleich
 - 7.32 Streitwert Einhaltung Betriebsvereinbarung

- 7.33 Suspendierung
- 7.34 Teilnahme an Betriebsfeiern
- 7.35 Ungekündigtes Arbeitsverhältnis
- 7.36 Urlaub nach Freistellung
- 7.37 Vergleichsmehrwert
- 7.38 Verrechnung mit dienstfreien Zeiten
- 7.39 Verstoß gegen Corona-Testpflicht
- 7.40 Verzicht auf die Arbeitsleistung
- 7.41 Vorläufige Dienstenthebung wg. "Dschungelcamp"

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitnehmer kann durch viele Gründe daran **gehindert** werden, seine **Arbeit zu leisten**. Die vertragliche **Leistungspflicht** hat zwar grundsätzlich Vorrang gegenüber Verpflichtungen außerhalb des Arbeitsvertrags. Das Leben zwingt allerdings in manchen Fällen dazu, sich diesen anderen - höher- oder zumindest gleichwertigen - Pflichten zu stellen. Da stirbt beispielsweise ein naher Angehöriger und der Arbeitnehmer muss Meldeformalitäten erledigen, die Beerdigung organisieren und an der Trauerfeier teilnehmen. Oder ein Mitarbeiter wird Zeuge eines Unfalls und hat als Zeuge bei der Polizei und vor Gericht auszusagen.

Praxistipp:

In der Praxis nähert man sich der Freistellungsproblematik über die beiden grundlegenden Fragen: Muss ich meinen Mitarbeiter wegen des zu erwartenden Ereignisses wirklich von der Arbeit freistellen? Hat mein Mitarbeiter für die Zeit der Freistellung gegen mich einen Anspruch auf Vergütungsfortzahlung? Dabei erfolgen Freistellung und Vergütung nie ohne entsprechende Anspruchsgrundlage.

Eine Vielzahl von Freistellungstatbeständen ist gesetzlich und/oder tariflich geregelt (s. dazu: Freistellung - Gesetzliche Ansprüche, Freistellung - Berufsschulunterricht und Freistellung - Tarifliche Ansprüche). Darüber hinaus kann die Freistellung für bestimmte Ereignisse auch durch den Arbeitsvertrag geregelt - und ausgeschlossen (!) - werden (dazu: Freistellung - Vertragliche Ansprüche). Wo **spezielle Anspruchsgrundlagen** fehlen, kommen **allgemeine schuldrechtliche Grundsätze** zur Anwendung. Und was die für den Arbeitsausfall **fortzuzahlende Vergütung** betrifft: Hier gilt in der Regel das klassische **Entgeltausfallprinzip**. Der freigestellte Mitarbeiter hat - wenn ein Fall bezahlter Freistellung vorliegt - Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung, die er bekommen hätte, wenn er nicht von der Arbeitsleistung freigestellt worden wäre (s. dazu: Freistellung - Vergütung).

2. Abgrenzung

Sowohl in der juristischen **Praxis** als auch in der juristischen Lehre wird häufig nicht klar genug zwischen

- **Arbeitsverhinderung** und
- **Freistellung**

unterschieden. In diesem Stichwort wird von folgenden **Definitionen** ausgegangen:

- **Arbeitsverhinderung** ist eine durch ein tatsächliches Ereignis eintretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, die **ohne Zutun des Arbeitgebers** zu einem Arbeitsausfall führt.
- **Freistellung** ist eine vom Gesetz oder von kollektiv- oder individualrechtlichen Vereinbarungen getragene Befreiung von der Arbeitsleistung, die **mit Beteiligung des Arbeitgebers** zu einem Arbeitsausfall führt.

Eine **saubere Abgrenzung** beider Tatbestände ist nicht nur dogmatisch wichtig. Sie ist auch für die Praxis unerlässlich. Schließlich muss eine konsequente Trennung von **Tatbestands- und Rechtsfolgenebene** erfolgen, um jedem Einzelfall gerecht zu werden.

3. Versicherungsrechtliche Besonderheiten

Wichtig: Es passiert häufiger, dass Arbeitnehmer freigestellt werden und während der Zeit ihrer Freistellung oder danach arbeitsunfähig krank werden. Soweit die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, haben Arbeitnehmer nach Ablauf der 6-wöchigen Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers gegen ihre Krankenkasse Anspruch auf Krankengeld. Versicherungsrechtlich stellt sich hier die Frage, ob freigestellte Arbeitnehmer - die ihre Vergütung ja nach einer besonderen Freistellungsvereinbarung oder aus einem angesparten Wertguthaben bekommen - für die Zeit ihrer Freistellung beitragsmäßig einzustufen sind: ermäßigter oder voller Beitragssatz? Die GKV-Spitzenverbände haben dazu in ihrer Fachkonferenz vom 17.06.2015 folgende Regelung getroffen:

- Ist bei einer Freistellung von der Arbeitsleistung unter Vergütungsfortzahlung mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses kein unmittelbares Ausscheiden aus dem Erwerbsleben verbunden, ist stets der allgemeine Beitragssatz anzuwenden. In diesem Fall kann immer noch ein Anspruch auf Krankengeld entstehen, wenn das Arbeitsverhältnis endet und der Arbeitnehmer weiterhin arbeitsunfähig ist.
- Anders dagegen, wenn die Freistellung des Arbeitnehmers ein unmittelbares Ausscheiden aus dem Erwerbsleben zur Folge hat. In diesem Fall ist ein späterer Bezug von Krankengeld ausgeschlossen. Für diese Arbeitnehmer kommt daher - wie bisher - während der Freistellung der ermäßigte Beitragssatz in der Krankenversicherung zur Anwendung.
- In Fällen, in denen der Arbeitgeber nach der mit seinem Arbeitnehmer getroffenen Freistellungsvereinbarung über die 6-wöchige Entgeltfortzahlung des § 3 Abs. 1 EFZG bei Arbeits- bzw. Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers hinaus keine Entgeltfortzahlung mehr schuldet, ist ebenfalls der allgemeine Beitragssatz anzusetzen.

Das Gleiche gilt für Zeiten einer **Freistellung** nach § 7 Abs. 1a SGB IV, die auf einer Wertguthabenvereinbarung beruhen. Auch **im Fall einer Wertguthabenvereinbarung** sind Krankenversicherungsbeiträge während der Freistellung nur dann mit dem ermäßigten Beitragssatz zu erheben, wenn der Arbeitnehmer (s)eine Beschäftigung nach der Freistellung nicht wieder aufnimmt, weil er aus dem Erwerbsleben ausscheidet.

4. Anspruchsgrundlagen für eine bezahlte Freistellung

Ein Anspruch auf bezahlte **Freistellung** kann sich unter anderem aus

- **Gesetz,**
- **Tarif-** oder
- **Arbeitsvertrag**

ergeben.

4.1 Freistellungsansprüche aus Gesetz

Unabhängig von tarif- und arbeitsvertraglichen Regelungen gelten gesetzliche Freistellungsansprüche **für alle Arbeitnehmer**, die in den Anwendungsbereich des jeweiligen Gesetzes fallen (s. dazu das Stichwort Freistellung - Gesetzliche Ansprüche). Freistellungsansprüche gibt es unter anderem für:

- Auszubildende, §§ 15, 19 BBiG
- Betriebsratsmitglieder, § 37 BetrVG
- Bildungsurlaub (z.B. nach § 3 Abs. 1 AWbG NW)
- Eltern erkrankter Kinder (§ 45 SGB V)
- Frauenvertreterinnen (§ 16 LGG Berlin)
- Freiwillige Feuerwehr (z.B. nach § 12 Abs. 2 FSHG NW)
- Mütter, §§ 7 Abs. 1, 16 MuSchG
- Ratsmitglieder (z.B. nach § 44 Abs. 2 GO NW)

- Stellensuchende, § 629 BGB
- Vertrauensleute der Schwerbehinderten, § 96 SGB IX
- Wehrpflichtige, § 14 Abs. 1 ArbZSchG

Die Liste ist nicht abschließend. **Weitere Anspruchsgrundlagen** sind im Stichwort Freistellung - Gesetzliche Ansprüche hinterlegt.

4.2 Freistellungsansprüche aus Tarifvertrag

In vielen **Branchen** ist es üblich, dass Freistellungsansprüche der Arbeitnehmer - gleichgültig ob bezahlt, oder unbezahlt - von den Tarifpartnern geregelt werden. Das schafft in vielen Fällen **Klarheit**, in denen man bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage sonst das allgemeine Arbeits- und Schuldrecht strapazieren müsste. Der **Manteltarifvertrag für die Beschäftigten der elektrotechnischen Handwerke in Baden-Württemberg** vom 14.04.2000 enthält beispielsweise in § 19 den folgenden Katalog (Stand: 04/2007):

- Tod des Ehegatten - 3 Tage
- Tag der eigenen Eheschließung - 2 Tage
- Tod von Kindern - 2 Tage
- Tod von Eltern oder Schwiegereltern - 1 Tag
- Niederkunft der Ehefrau - 1 Tage
- Eheschließung eigener Kinder - 1 Tag
- Wohnungswechsel, sofern ein eigener Hausstand besteht - 1 Tag
- Silberhochzeit - 1 Tag
- bei Betriebsunfällen - die ausgefallene Arbeitszeit am Unfalltag, soweit kein Krankengeldanspruch gegen die gesetzliche Krankenversicherung besteht
- bei Arztbesuchen oder ärztlich verordneter Behandlung, die aus unmittelbarem Anlass oder aufgrund ärztlichen Befundes unbedingt während der Arbeitszeit erfolgen müssen - die ausgefallene Arbeitszeit
- bei Bekleidung eines öffentlichen Ehrenamts, jedoch hier nur in den Fällen, in denen die betreffende Dienststelle eine Vergütung auch für den entgangenen Arbeitsverdienst nicht zahlt - bis zu einem Tag (in diesen Fällen ist vom Arbeitgeber der Anteil der Rentenversicherung nach dem vollen Monatsgehalt zu entrichten, soweit auch bei Inanspruchnahme gesetzlicher Regelungen ein Nachteil verbliebe)
- bei von dem/der Beschäftigten nicht verschuldeter Vorladung vor eine Behörde - die erforderliche Freizeit, soweit der Verdienstaufschlag von der Behörde nicht erstattet wird und soweit nicht für diesen Fall bereits nach §§ 19.1 bis 19.2.3 Freizeit gewährt wurde.
- persönlich vorgenommene Anzeigen auf dem Standesamt - die dafür erforderliche Freizeit

Ein umfangreicher tariflicher **Freistellungskatalog** schließt in der Regel die allgemeine Vergütungsbestimmung in § 616 BGB für den Fall einer Arbeitsverhinderung aus anderen, im Tarifvertrag nicht genannten Fällen aus (zu den Einzelheiten: Freistellung - Tarifliche Ansprüche).

4.3 Freistellungsansprüche aus Vertrag

Die Vertragspartner haben die Möglichkeit, Freistellungsansprüche auch im Arbeitsvertrag zu regeln. Das kann zum Beispiel in der Weise geschehen, dass sie einen ganz detaillierten **Katalog von Tatbeständen** vereinbaren, bei deren Vorliegen eine bezahlte Freistellung von der Arbeit erfolgt. Dieser Katalog listet dann - ähnlich wie ein Tarifvertrag - die **Ereignisse** auf, für die der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter von der Arbeit freistellt, **ohne** dass Letzterem dadurch ein **Entgeltausfall** entsteht.

Gibt es keine ausdrücklich vereinbarten Freistellungsansprüche mit Entgeltfortzahlung, greift man auf die allgemeine **Fürsorgepflicht des Arbeitgebers** und seit der **Schuldrechtsreform** auf die §§ 275 , 616 Satz 1 BGB zurück. In § 616 Satz 1 BGB heißt es: *"Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird."*

Und nach § 275 BGB gilt Folgendes:

- der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB);
- der Schuldner darf die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht (§ 275 Abs. 2 Satz 1 BGB) - wobei zu berücksichtigen ist, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB);
- der Schuldner darf die **Leistung** ferner **verweigern**, wenn er die **Leistung persönlich zu erbringen** hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers **nicht zugemutet** werden kann (§ 275 Abs. 3 BGB).

Die **Rechte des Gläubigers** bestimmen sich im allgemeinen Schuldrecht nach den §§ 280 , 283 bis 285 , 311a und 326 (§ 275 Abs. 4 BGB):

- Schadensersatz wegen Pflichtverletzung, §§ 280 BGB
- Schadensersatz statt Leistung, 283 BGB
- Ersatz vergeblicher Aufwendungen, 284 BGB
- Herausgabe des Ersatzes, 285 BGB
- Aufwendungs- oder Schadensersatz, wenn das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss bestand, 311a BGB
- **Befreiung von der Gegenleistung** und Rücktritt bei Ausschluss der Leistungspflicht, 326 BGB

Aber: Das allgemeine Schuldrecht ist auf Arbeitsverträge nicht durchgängig anwendbar. Insoweit greift hier § 616 Satz 1 BGB ein. Der **Arbeitnehmer verliert den Anspruch auf die Gegenleistung nicht**, der Arbeitgeber kann die Rechte aus § 275 Abs. 4 BGB nur unter engen Voraussetzungen geltend machen.

5. Anspruchsgrundlagen für eine unbezahlte Freistellung

Auch wenn es keinen durch

- Gesetz,
- Tarif- oder
- Arbeitsvertrag

geregelten Anspruch auf bezahlte Freistellung gibt: Der Arbeitgeber kann **aus sittlich-moralischen Gründen** verpflichtet sein, einen Mitarbeiter von der Arbeit freizustellen.

Beispiel:

Arbeitnehmer N ist 19 Jahre alt und frisch verliebt. Seine Freundin F, ebenfalls 19, wird auf der Rückfahrt von einem Disko-Besuch in einen Unfall verwickelt und stirbt. N möchte an Fs Beerdigung teilnehmen. Der Branchentarifvertrag sieht nur eine bezahlte Freistellung für den Tod von Ehegatten, Kindern, Eltern und nahen Angehörigen vor. N hat damit nach dem Tarifvertrag keinen Anspruch auf bezahlte Freistellung, weil dessen Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. Arbeitgeber A wird N trotzdem für die Teilnahme an der Fs Beerdigung freistellen müssen, weil das einer moralisch-sittlichen Verpflichtung entspricht. Bezahlt bekommt N die ausfallende Arbeitszeit allerdings nicht.

Wenn sich nur ein Freistellungs-, aber **kein Vergütungsfortzahlungsanspruch** konstruieren lässt, gibt es für die **Praxis** mehrere Möglichkeiten, das zu regeln:

- für die ausfallende Arbeitszeit entsteht eine **Entgeltminderung**
- für die ausfallende Arbeitszeit werden **Minusstunden ins Arbeitszeitkonto** gestellt, die nachgearbeitet werden müssen
- für die ausfallende Arbeitszeit werden **Plusstunden verbraucht**, die zuvor durch Mehrarbeit und Überstunden in das Arbeitszeitkonto gestellt wurden
- für die ausfallende Arbeitszeit wird ein vorhandenes **Gleitzeitsystem** genutzt
- für die ausfallende Arbeitszeit wird das Guthaben an bezahltem **Erholungsurlaub** gemindert

Ohne konkrete gesetzliche, tarif- oder arbeitsvertragliche Vorgabe müssen sich die Vertragsparteien **arrangieren**.

6. Mitbestimmung

Die Frage, ob ein Mitarbeiter für irgendein Ereignis mit oder ohne Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freizustellen ist, wird in § 87 Abs. 1 BetrVG nicht direkt angesprochen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG hat der **Betriebsrat** allerdings mitzubestimmen, "bei Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie die Festlegung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird".

Unter "*Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze*" werden nach allgemeiner Auffassung auch die **Fälle bezahlter und unbezahlter Freistellung** subsumiert. Das heißt: der Betriebsrat hat hier nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG mitzubestimmen. Dieses Mitbestimmungsrecht ist nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ausgeschlossen, soweit eine

- **gesetzliche** oder
- **tarifliche**

Regelung besteht.

Beispiel:

Der Branchentarifvertrag enthält einen abschließenden Katalog von Tatbeständen bezahlter Freistellung. Der Betriebsrat will diesen Katalog über § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG um einige tariflich nicht geregelte Tatbestände erweitern. Der Arbeitgeber möchte mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung schließen, nach der es für junge Mütter keine bezahlte Freizeit mehr fürs Stillen gibt und Vertrauensleute der Schwerbehinderten keine bezahlte Freistellung mehr für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben bekommen sollen. Der Betriebsrat kann - da es eine abschließende tarifliche Regelung gibt - den tariflichen Katalog der Freistellungstatbestände wegen § 87 Abs. 1 BetrVG Eingangssatz nicht erweitern. Ebenso wenig kann der Arbeitgeber eine betriebliche Regelung einfordern, wonach die gesetzlichen Freistellungstatbestände in § 7 Abs. 1 MuSchG und § 96 SGB IX durch eine Betriebsvereinbarung aufgehoben werden.

Der Betriebsrat kann über § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG keine neuen Freistellungstatbestände schaffen. Der

- Freistellungsanspruch und die
- Freistellungsdauer

werden vorausgesetzt. Sie unterliegen nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG. Das Mitbestimmungsrecht betrifft insoweit lediglich die **Aufstellung allgemeiner Freistellungsgrundsätze**, eines Freistellungsplans und gegebenenfalls die Festsetzung der zeitlichen Lage der Arbeitsfreistellung im Einzelfall (so: BAG, 28.05.2002 - 1 ABR 37/01 - zum Bildungsurlaub). Die Gewährung bezahlter Freizeit ist - von den geregelten Fällen abgesehen - eine **freiwillige Leistung** des Arbeitgebers. Und bei dieser freiwilligen Leistung kann der Arbeitgeber frei darüber entscheiden,

- **ob** er überhaupt eine freiwillige Leistung erbringen will,
- **welche Mittel** er dafür bereitstellen will und
- **welchen Zweck** er damit erreichen will.

Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht einigen, entscheidet die **Einigungsstelle** (§ 87 Abs. 2 BetrVG). Eins kann aber auch die Einigungsstelle nicht: Sie kann den Arbeitgeber nicht verpflichten, mehr Fälle bezahlter oder unbezahlter Freistellung zu gewähren, als Gesetze und Tarifverträge es vorschreiben oder der Arbeitgeber freiwillig gewähren will. Der **Entscheidungsspielraum der Einigungsstelle** reicht nur soweit wie der Entscheidungsspielraum der Betriebspartner. Natürlich bleibt es Arbeitgeber und Betriebsrat unbenommen, eine **freiwillige Betriebsvereinbarung** zu schließen, § 77 BetrVG. Diese freiwillige Betriebsvereinbarung kann aber über § 87 Abs. 2 BetrVG nicht erzwungen werden. Zudem müssen die

Betriebspartner bei einer freiwilligen Betriebsvereinbarung § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG beachten: Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein.

7. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema Freistellung - Allgemeines **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

7.1 ALG-Anwartschaftszeit

Um Arbeitslosengeld (ALG) zu bekommen, muss der Versicherte nach § 142 Abs. 1 Satz 1 SGB III eine Anwartschaftszeit zurücklegen - also in der **Rahmenfrist** des § 143 SGB III "mindestens zwölf Monate in einem **Versicherungspflichtverhältnis** gestanden" haben. In einem Versicherungspflichtverhältnis stehen nach § 24 Abs. 1 SGB III "Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind." Wer trotz langer Vorbeschäftigung (hier: fast 30 Jahre) wegen einer Untersuchungshaft ohne Fortzahlung der Vergütung über einen gewissen Zeitraum (hier: zehn Monate) freigestellt wird, steht nicht mehr in einer Beschäftigung und kann deswegen auch die 12-monatige Anwartschaftszeit mit der Freistellung nicht erfüllen (LSG Bayern, 30.04.2013 - L 10 AL 325/11 mit weiteren Gründen).

7.2 Annahmeverzug - 1

"Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer ordentlichen Kündigung für die Dauer der Kündigungsfrist unter Anrechnung bestehender Urlaubsansprüche von der Arbeit frei und bittet er den Arbeitnehmer zugleich, ihm die Höhe des während der Freistellung erzielten Verdienstes mitzuteilen, überlässt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit und gerät während der verbleibenden Zeit gem. § 293 BGB in Annahmeverzug" (BAG, 06.09.2006 - 5 AZR 703/05 Leitsatz).

7.3 Annahmeverzug - 2

Stellt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter einseitig von der Arbeitsleistung frei, kommt er dadurch in Annahmeverzug - mit der Folge, dass **anderweitiger Verdienst** gem. § 615 Satz 2 BGB auf den Verzugslohn anzurechnen ist. Vereinbaren Arbeitgeber und -nehmer dagegen in einem Aufhebungsvertrag eine unwiderrufliche Freistellung von der Arbeit gegen Fortzahlung der Vergütung und Anrechnung offener Urlaubsansprüche, führt das zur **Befreiung** des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht und zur Befreiung des Arbeitgebers **von der Beschäftigungspflicht**. Hier kann nach den §§ 293 ff. BGB wegen der vertraglichen Abmachung kein Annahmeverzug entstehen. Folgerichtig scheidet auch die Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB aus. Soll bei vertraglicher unwiderruflicher Freistellung mit Fortzahlung des Arbeitsentgelts anderweitig erzielter Verdienst angerechnet werden, müssen die Vertragspartner das ausdrücklich vereinbaren (BAG, 23.02.2021 - 5 AZR 314/20).

7.4 Außerordentliche Kündigung

Auch wenn ein Arbeitnehmer bereits aufgrund einer Aufhebungsvereinbarung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Fortzahlung seiner Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt ist - eine außerordentliche Kündigung ist dennoch möglich. Vorausgesetzt, das **vertragswidrige Verhalten** geschah **nach der Beendigungsvereinbarung** und hat so eine Schwere, dass dem kündigenden Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses - und die Fortzahlung des Arbeitsentgelts - bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das ist bei einer nachhaltigen **Erschütterung des Vertrauensverhältnisses** der Fall (LAG Hessen, 29.08.2011 - 7 Sa 248/11 - hier bejaht, für den Kundenberater einer Bank, der nach Abschluss einer Aufhebungs- und Freistellungsvereinbarung E-Mails mit 1.660 Anhängen und geschützten Bankdaten auf sein privates E-Mail-Konto weitergeleitet hat).

7.5 Ausübung eines kommunalpolitischen Mandats

Der Anspruch auf **Vergütung wegen Arbeitsversäumnis** nach § 616 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Arbeitnehmer "durch einen in seiner Person oder in seinen persönlichen Verhältnissen liegenden Grund an der Arbeitsleistung tatsächlich verhindert ist" (s. dazu BAG, 19.04.1978 – 5 AZR 834/76). Das von § 616 Satz

1 BGB vorausgesetzte **persönliche Leistungshindernis** kann auch dann bejaht werden, wenn es um die Erfüllung öffentlich-rechtlicher und/oder ehrenamtlicher Verpflichtungen geht. "Das gilt aber nur, wenn es sich um eine **Pflicht** handelt, der sich der Arbeitnehmer aufgrund rechtlicher Vorgaben grundsätzlich nicht entziehen kann, wie etwa einer Inanspruchnahme als ehrenamtlicher Richter" (s. dazu BAG, 22.01.2009 – 6 AZR 78/08). Dagegen bildet die Ausübung eines Wahlmandats wie der Stadtratstätigkeit keinen Verhinderungsgrund i. S. des § 616 Satz 1 BGB . "Die Übernahme des Mandats beruht auf einem freien Willensentschluss und nicht auf rechtllichem Zwang" (BAG, 19.05.2021 - 5 AZR 318/20 – mit dem Hinweis, dass für in den Rat gewählte Personen nach § 36 Satz 2 KWahlG NRW keine Verpflichtung zur Annahme der Wahl besteht).

7.6 Beamter - Ordneinsatz bei Warnstreik

"Ein Beamter, der **Mitglied einer Gewerkschaft** ist, hat keinen Anspruch auf **Dienstbefreiung** unter Fortzahlung der Dienstbezüge für einen Einsatz als Ordner bei einer Demonstration, die der Unterstützung eines Warnstreiks seiner Gewerkschaft anlässlich von Tarifverhandlungen gegen seinen Dienstherrn dient. Dem steht das geltende beamtenrechtliche **Streikverbot** entgegen" (BVerwG, 30.06.2016 - 2 B 3/15 - Leitsatz).

7.7 Beschäftigungsverbot/Urlaub

"1. Ein tätigkeitsbezogenes generelles Beschäftigungsverbot nach § 4 MuSchG verhindert den zur **Erfüllung des Urlaubsanspruchs** nach § 362 Abs. 1 BGB erforderlichen **Leistungserfolg** auch dann, wenn der Urlaubszeitraum bereits vor Eintritt des Beschäftigungsverbots festgelegt war und der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin keine zumutbare Ersatztätigkeit zugewiesen hat. 2. § 17 Satz 2 MuSchG regelt die Unvereinbarkeit von Urlaub und einer (vollständigen) Arbeitsbefreiung infolge mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote mit der Folge, dass das **Risiko der Leistungsstörung** durch ein in den festgelegten Urlaubszeitraum fallendes Beschäftigungsverbot dem Arbeitgeber zugewiesen wird" (BAG, 09.08.2016 - 9 AZR 575/15 - Leitsatz).

7.8 Betriebsänderung

Der Arbeitgeber muss seinen Betriebsrat nach § 111 Satz 1 BetrVG über geplante Betriebsänderungen unterrichten und versuchen, mit ihm zu einem **Interessenausgleich** zu kommen. Eine Betriebsänderung im Sinn des § 111 Satz 1 BetrVG ist die "*Einschränkung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen*", § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG . Aber: Stellt ein überschuldeter und zahlungsunfähiger Arbeitgeber, über dessen Vermögen bereits das **Insolvenzverfahren** eröffnet ist und der kurz vor der **Stilllegung** seines Betriebs steht, Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung frei, stellt das keine grundlegende, wesentliche Betriebsänderung im Sinn des § 111 BetrVG dar (LAG Hamm, 26.02.2007 - 10 TaBVGa 3/07).

7.9 Corona-Freistellung - 1

Das IfSG verpflichtet **Beschäftigte in Pflegeeinrichtungen** u.a., einen Impfnachweis über eine erfolgte Corona-Schutzimpfung vorzulegen. Ein Wohnbereichsleiter und eine Pflegefachkraft weigerten sich – und wurden von Seniorenheimbetreiber B deswegen ohne Fortzahlung der Vergütung freigestellt. Dagegen wehrten sich die Mitarbeiter und verlangten von B im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, sie wieder **vertragsgemäß zu beschäftigen**. Erfolglos. B stehe es unter Zugrundelegung der Wertungen, die in § 20a IfSG zum Ausdruck kommen, im Rahmen billigen Ermessens frei, zum Schutz der Heimbewohner Mitarbeiter, die **weder geimpft noch genesen** sind, von der Arbeit freizustellen. Da überwiegt das Gesundheitsinteresse der Bewohner das Beschäftigungsinteresse der freigestellten Arbeitnehmer (ArbG Gießen, 12.04.2022 – 5 Ga 1/22 und 5 Ga 2/22 – mit dem Hinweis, dass die Vergütungsfrage nicht Gegenstand des Eilverfahrens war).

7.10 Corona-Freistellung - 2

Trotz einrichtungsbezogener Impfpflicht ließ sich Alltagsbetreuerin A, die in Arbeitgeber G's Seniorenheim beschäftigt war, nicht gegen den SARS-VCoV-2-Virus impfen. Da sie G keinen Impfausweis und auch keinen Nachweis über eine Genesung vorlegte, stellte der sie **ohne Fortzahlung des Arbeitsentgelts** von der Arbeitsleistung frei. Das fand A auch nicht gut – und verklagte G auf Beschäftigung und Zahlung von

Verzugslohn . Im Ergebnis allerdings ohne Erfolg. Dem **Beschäftigungsanspruch** – so das mit der Entscheidung befasste Arbeitsgericht – stehe bereits § 20a IfSG entgegen. Er enthalte ein unmittelbares **gesetzliches Tätigkeitsverbot** für nicht immunisierte Pflegekräfte. Und da überwiegt halt G's Interesse an der Nichtbeschäftigung das Interesse A's an einer Beschäftigung. Deren unbezahlte Freistellung war berechtigt. G braucht ihr keinen Verzugslohn zu zahlen (ArbG Köln, 21.07.2022 – 8 Ca 637/22).

7.11 Eigenmächtiges Fernbleiben

Arbeitnehmer haben manchmal mehr oder weniger nachvollziehbare Gründe, warum sie an einem oder mehreren bestimmten Tagen **nicht arbeiten wollen**. Arbeitgeber und Personaler zeigen da bisweilen Verständnis, manchmal verweigern sie jedoch die Freistellung oder den Urlaub. Und dann? Dann macht man halt ohne Erlaubnis frei – mit einschneidenden Folgen: "1. Ein unentschuldigtes Fehlen eines Arbeitnehmers und eine eigenmächtige Urlaubsnahme sind geeignet, eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB zu begründen. 2. Ein Arbeitnehmer ist auch dann **grundsätzlich nicht berechtigt**, sich selbst zu beurlauben oder freizustellen, wenn er möglicherweise einen Anspruch auf Erteilung von Urlaub oder eine Freistellung gehabt hätte. Ein solcher Anspruch ist **im Wege des gerichtlichen Rechtsschutzes**, ggf. im Wege einer einstweiligen Verfügung, durchzusetzen, nicht aber durch eigenmächtiges Handeln" (LAG Mecklenburg-Vorpommern, 23.11.2021 – 5 Sa 88/21 – Leitsatz).

7.12 Erkranktes Kind - TVöD

§ 29 Abs. 1 Satz 1 lit. e) bb) TVöD gibt Beschäftigten **unter Fortzahlung des Entgelts** nach § 21 TVöD einen Anspruch auf bis zu vier Tagen bezahlte Arbeitsbefreiung bei schwerer Erkrankung "eines Kindes, das das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, wenn im laufenden Kalenderjahr kein Anspruch nach § 45 SGB V besteht oder bestanden hat". § 29 Abs. 1 Satz 3 TVöD sagt dazu: "Die Freistellung darf **insgesamt fünf Arbeitstage im Kalenderjahr** nicht überschreiten." Für Arbeitnehmer, die keinen Anspruch nach § 45 SGB V haben, bedeutet das: "§ 29 Abs. 1 Satz 1 Buchst. e Doppelbuchst. bb) TVöD begrenzt den Anspruch nicht gesetzlich krankenversicherter Beschäftigter auf bezahlte Freistellung bei schwerer Erkrankung mehrerer Kinder unter zwölf Jahren im selben Kalenderjahr nicht auf höchstens vier Arbeitstage. Es gilt nur die **Gesamtoberbelastungsgrenze** von fünf Arbeitstagen im Kalenderjahr § 29 Abs. 1 Satz 3 TVöD " (BAG, 05.08.2014 - 9 AZR 878/12 Leitsatz).

7.13 Erlöschen von Urlaubsansprüchen

Das Erlöschen eines Urlaubsanspruchs **durch Freistellung** gem. § 362 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Arbeitnehmer in dem Zeitraum, für den der Arbeitgeber ihn freistellt, zur Arbeit verpflichtet ist (s. dazu BAG, 25.08.2020 - 9 AZR 612/19 - und BAG, 09.08.2016 - 9 AZR 575/15). Dabei entscheidet allein die objektive Rechtslage darüber, ob tatsächlich eine für die Urlaubsgewährung **notwendige Arbeitspflicht** besteht (so; BAG, 20.08.2020 - 9 AZR 612/19 - und BAG, 19.02.2019 - 9 AZR 321/16). Eine wirksame Urlaubsgewährung scheidet aus, wenn der Arbeitnehmer wegen einer bereits fest eingeplanten Freistellung – hier: zu einem ganzen Tag zusammengefasste tarifliche Altersfreizeiten – nicht zu arbeiten braucht und daher für ihn keine Arbeitspflicht besteht (BAG, 25.01.2022 - 9 AZR 230/21 – mit dem Hinweis, dass auch die ohne Wunsch des Mitarbeiters erfolgte zeitliche Festlegung von Urlaub wirksam ist, wenn der Mitarbeiter nach der Freistellungserklärung keinen anderweitigen Urlaubswunsch äußert).

7.14 Feiertage und Urlaub

Wer an einem Feiertag **dienstplanmäßig nicht arbeiten** muss, hat an diesem Feiertag einfach frei. Er bekommt für diesen - für ihn ohnehin arbeitsfreien - Tag keine Entgeltfortzahlung an Feiertagen und auch keine Feiertagsvergütung. Es gibt aber Arbeitnehmer in Berufen, in denen sie **an Feiertagen regulär arbeiten** müssen oder in Arbeitsschichten eingeteilt sind. Beantragen sie für einen Zeitraum Urlaub, in den ein Feiertag fällt, heißt das: "Auch für die dem TVöD unterliegenden Arbeitsverhältnisse gilt der Grundsatz, dass an gesetzlichen Feiertagen, an denen der Arbeitnehmer ansonsten nach Dienst- oder Schichtplan zur Arbeit verpflichtet wäre, **Urlaub unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch** gewährt werden kann" (BAG, 15.01.2013 - 9 AZR 430/11).

7.15 Freistellungserklärung

Will der Arbeitgeber einen Mitarbeiter freistellen (hier: **Erteilung von Urlaub**), setzt die Erfüllung des Freistellungs- bzw. Urlaubsanspruchs die Freistellungserklärung des Arbeitgebers voraus. Das **Erlöschen eines Freistellungs- oder Urlaubsanspruchs** infolge einer Freistellungserklärung kann nur eintreten, "wenn der Arbeitnehmer erkennen muss, dass der Arbeitgeber ihn zur Erfüllung des Anspruchs auf Erholungsurlaub von der Arbeitspflicht freistellen will" (s. dazu BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 - und BAG, 19.05.2009 - 9 AZR 433/08). Die Freistellungserklärung kann den Freistellungs- bzw. Urlaubsanspruch nach § 362 Abs. 1 BGB auch nur dann zum Erlöschen bringen, wenn für den Zeitraum der Freistellung/des Urlaubs **an sich eine Arbeitspflicht des Arbeitnehmers** besteht (BAG, 09.08.2016 - 9 AZR 575/15 - mit Hinweis auf BAG, 10.02.2015 - 9 AZR 455/13 und BAG, 18.03.2014 - 9 AZR 669/12).

7.16 Freistellung und Arbeitslosengeld - 1

Die Bundesagentur für Arbeit fuhr in Fällen unwiderruflicher Freistellung bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses Jahre lang die Praxis, Arbeitnehmern nach dem Ende ihres Arbeitsverhältnisses zwar Arbeitslosengeld zu zahlen, das während der Freistellung gezahlte **Arbeitsentgelt** bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes jedoch unberücksichtigt zu lassen. Nach Auffassung der Bundesagentur lag während der Freistellung kein Beschäftigungsverhältnis vor (obwohl die Beiträge weiterhin gezahlt und von ihr vereinnahmt wurden). Dagegen hat das BSG am 30.08.2018 entschieden, "dass die während der Freistellung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses gezahlte und abgerechnete Vergütung bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes als Arbeitsentgelt **einzubeziehen** ist" (BSG, 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R - mit dem Hinweis, dass hier der Begriff "**Beschäftigung im versicherungsrechtlichen Sinn**" maßgebend ist).

7.17 Freistellung und Arbeitslosengeld - 2

Hat ein zum 30.09. gekündigter und bis dahin **widerruflich freigestellter arbeitsunfähiger Arbeitnehmer** Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn sein Arbeitgeber eine angebotene Teilarbeitsleistung ablehnt, den Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigt und der sich dann ab dem 01.06. arbeitslos meldet? Nun, die Auslegung des Begriffs **Beschäftigungsverhältnis** ist immer "kontextabhängig und funktionsdifferent" (s. dazu u.a. BSG, 28.09.1993 - 11 RAr 69/92 – und BSG, 30.08.2018 - B 11 AL 15/17 R). Ein SGB III-Beschäftigungsverhältnis besteht daher versicherungsrechtlich **auch bei tatsächlicher Nichtbeschäftigung** fort, "wenn und solange eine Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts besteht." Zum Beispiel nach der unwirksamen Kündigung eines Arbeitsvertrags, wenn der (voll arbeitsfähige, Anm. d. Verf.) "Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, der Arbeitgeber sie aber nicht annimmt und dadurch in Annahmeverzug gerät" (s. dazu BSG, 05.05.1988 - 12 RK 43/86 – und BSG, 16.02.2005 - B 1 KR 19/03 R).

Das Fortbestehens bzw. die Beendigung des leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses i.S.d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III hat die Funktion, "das durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung erfasste **Risiko** zu bestimmen" (s. dazu BSG, 28.09.1993 - 11 RAr 69/92). Die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses scheidet aus, "wenn die Beschäftigung faktisch ein Ende gefunden hat, wenn also die das Beschäftigungsverhältnis prägende persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten, die sich in der faktischen **Verfügungsgewalt** (Direktionsrecht) des Arbeitgebers und der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers ausdrückt, entfällt." Ob das so ist, muss im Rahmen einer **Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände** beurteilt werden. Hier bestand ein Beschäftigungsverhältnis zumindest noch bis zum 20.06. – am Tag danach hatte der Arbeitnehmer seine Tätigkeit auf einem anderen Arbeitsplatz aufgenommen und somit auch für den Zeitraum 01.06. bis 20.06. wegen Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld (BSG, 12.09.2019 – B 11 AL 20/18 R).

7.18 Interessenabwägung

Der vereinfachte Fall: Ein Krankenhausträger stellte seinen **kaufmännischen Leiter** von der Arbeitsleistung frei, weil es **Unregelmäßigkeiten** bei der Verwendung und Verwaltung von Drittmitteln gegeben hatte. Der Arbeitnehmer wehrte sich gegen seine Freistellung und klagte auf Beschäftigung. Das Arbeitsgericht wies seinen Antrag ab. Begründung: Der Arbeitgeber ist in diesem Fall bei Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer weiter einzusetzen. Der Mitarbeiter habe eine **intransparente Geschäftsführung hinterlassen**, die es zunächst aufzuklären galt. In dieser Situation sei es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, seinen kaufmännischen Leiter tatsächlich weiter zu beschäftigen (ArbG Berlin, 14.05.2014 - 21 Ca 4958/14).

7.19 Mitbestimmung - 1

Stellt der Arbeitgeber Mitarbeiter für die **Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen** der Berufsbildung frei, kann der Betriebsrat nach § 98 Abs. 3 BetrVG "Vorschläge für die Teilnahme von Arbeitnehmern oder Gruppen von Arbeitnehmern des Betriebs an diesen Maßnahmen der beruflichen Bildung" machen. Können sich die Betriebspartner nicht einigen, welche(r) Arbeitnehmer an der Bildungsmaßnahme teilnimmt und freigestellt wird, entscheidet nach § 98 Abs. 4 Satz 2 die Einigungsstelle. Missachtet der Arbeitgeber den gesetzlich vorgegebenen Weg, kann der Betriebsrat nach § 23 Abs. 3 BetrVG die **künftige Unterlassung** dieses Vorgehens verlangen - es handelt sich nämlich um einen groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine BetrVG-Pflichten (BAG, 18.03.2014 - 1 ABR 77/12).

7.20 Mitbestimmung - 2

Die Freistellung eines Arbeitnehmers ist **keine mitbestimmungspflichtige Versetzung** i.S.d. § 95 Abs. 3 i.V.m. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG . Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei einer Versetzung knüpft daran an, dass der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter via Realakt einen **neuen Arbeitsbereich** zuweist. Entzieht der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer nur den bisherigen Arbeitsbereich, ohne dass er ihm gleichzeitig einen neuen zuweist, ist das **keine Zuweisung** eines anderen Arbeitsbereichs. Die Freistellung von der Arbeitspflicht nach einer Kündigung für die Zeit der Kündigungsfrist oder während des Laufs der Kündigungsfrist ist daher keine mitbestimmungspflichtige Versetzung (BAG, 17.02.2015 - 1 ABR 45/13) .

7.21 Mitbestimmung - 3

Der vereinfachte Fall: Im Betrieb von Arbeitgeber A war viel "**Überzeitarbeit**" angefallen. Um diese "Überzeitarbeit" **auszugleichen** (und für sonstige Freizeitansprüche), zahlte A den betroffenen Mitarbeitern **Geld**. Sein Betriebsrat hielt das für mitbestimmungswidrig und verlangte von ihm Unterlassung. Er war der Auffassung, dass A's Verhalten gegen tarifliche Regelungen verstoßen würde.

Der Betriebsrat kann seinen **Unterlassungsanspruch** nicht auf § 80 BetrVG ("Allgemeine Aufgaben") stützen. Das daraus folgende **Überwachungsrecht** ist in puncto Durchführung von Tarifverträgen darauf beschränkt, Auffälligkeiten zu beanstanden und auf Abhilfe zu drängen (s. dazu BAG, 18.05.2010 - 1 ABR 6/09). Auch aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG kann sich kein Unterlassungsanspruch ergeben, weil deren Tatbestände nicht die **Abgeltung von Überstunden** betreffen (BAG, 22.08.2017 - 1 ABR 24/16 - mit dem Ergebnis, dass die Unterlassungsanträge des Betriebsrats unbegründet waren).

7.22 Rechtsschutz

Der vereinfachte Fall: Das Land Berlin hatte seinen **Leiter der Staatlichen Ballettschule** und Schule für Artistik nach "Drill-Vorwürfen" freigestellt und ihm ein Hausverbot erteilt. Dagegen wehrte sich der Schulleiter und verlangte von seinem Arbeitgeber mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, ihn **weiter zu beschäftigen** und die **Ausschreibung seiner Stelle zu unterlassen**.

Die vereinfachte Lösung: Eine Verurteilung zur Beschäftigung ist nur bei einem außerordentlichen **Beschäftigungsinteresse** möglich - dessen besondere Voraussetzungen hier jedoch nicht zu sehen sind. Und ein **Anspruch auf Unterlassung** der Stellenausschreibung ist ebenfalls **zu verneinen** - sie allein ändert nämlich nichts am Arbeitsvertrag des Schulleiters und den sich daraus ergebenden Ansprüchen (ArbG Berlin, 20.03.2020 - 46 AR 50002/20 - bestätigt durch LAG Berlin-Brandenburg, 14.04.2020 - 26 Ta 592/20).

7.23 Schenkungsanfechtung

Nach § 134 Abs. 1 InsO kann der Insolvenzverwalter eine **unentgeltliche Leistung des Schuldners** anfechten ("es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden"). Im Arbeitsrecht gilt der **Grundsatz "ohne Arbeit kein Arbeitsentgelt"** - es sei denn, es gibt gesetzliche oder tarifvertragliche Anspruchsgrundlagen, die diesen Grundsatz durchbrechen: z.B. die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit oder die bezahlte Freistellung wegen bestimmter Anlässe wie Hochzeit oder Umzug. Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine bezahlte Freistellung, obwohl genügend Arbeit da ist und keine besonderer Grund vorliegt, geschieht die auf Grundlage dieser Vereinbarung erfolgende Entgeltzahlung in der Regel **ohne Gegenleistung und damit unentgeltlich** i.S.d.

§ 134 Abs. 1 InsO . Das wiederum hat zur Folge, dass der Insolvenzverwalter die Leistung anfechten kann (BAG, 17.12.2015 - 6 AZR 186/14) .

7.24 Sonderurlaub - Allgemeines

"Die Art. 5 und 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der **Arbeitszeitgestaltung** sind dahin auszulegen, dass sie nicht auf eine nationale Regelung anzuwenden sind, die es Arbeitnehmern nicht erlaubt, den in dieser Regelung vorgesehenen Sonderurlaub **an Arbeitstagen** der Arbeitnehmer in Anspruch zu nehmen, sofern die **Bedürfnisse und Verpflichtungen**, die dem Sonderurlaub zugrunde liegen, während der wöchentlichen Ruhezeit oder des bezahlten Jahresurlaubs im Sinne der genannten Artikel eintreten" (EuGH, 04.06.2020 – C-588/18 – Leitsatz – Spanien).

7.25 Sonderurlaub - Kürzung von Urlaubsansprüchen - 1

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmerin A hatte von Arbeitgeber G vom 01.09.2013 bis 31.08.2014 Sonderurlaub bekommen, der einvernehmlich bis zum 31.08.2015 verlängert wurde. Nach ihrer **Rückkehr** aus dem Sonderurlaub verlangte A von G "ihren" gesetzlichen **Mindesturlaub** aus 2014 - dessen Gewährung G jedoch ablehnte. Nach erfolgreicher Klage in den ersten beiden Instanzen (zuletzt LAG Berlin-Brandenburg, 20.06.2017 - 11 Sa 2068/16) schob das BAG dem **Urlaubsverlangen** einen Riegel vor.

Unter Zuhilfenahme der Regelung in § 3 Abs. 1 BUrlG meinten die obersten Arbeitsrichter: "Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, ist bei der **Berechnung der Urlaubsdauer** zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre **Hauptleistungspflichten** durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend **ausgesetzt** haben. Dies führt dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht" (BAG, 19.03.2019 - 9 AZR 315/17 - Pressemitteilung - unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung, z.B. BAG, 06.05.2014 - 9 AZR 678/17).

7.26 Sonderurlaub - Kürzung von Urlaubsansprüchen - 2

"1. Bei einem **unterjährigen Wechsel** der Anzahl der Arbeitstage in der Kalenderwoche ist der Urlaubsanspruch für das betreffende Kalenderjahr unter Berücksichtigung der einzelnen Zeiträume der Beschäftigung und der auf sie entfallenden Wochentage mit Arbeitspflicht **umzurechnen**. 2. Für Zeiten des unbezahlten Sonderurlaubs besteht grundsätzlich **kein gesetzlicher Anspruch** des Arbeitnehmers auf bezahlten Erholungsurlaub. Der Zeitraum des unbezahlten Sonderurlaubs ist bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs regelmäßig mit 'null' Arbeitstagen in Ansatz zu bringen" (BAG, 19.03.2019 - 9 AZR 406/17 - Leitsätze).

7.27 Sonderurlaub - Politisches Mandat

"1. Paragraph 4 Nr. 1 der am 18. März 1999 geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, die im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge enthalten ist, ist dahin auszulegen, dass der Begriff '**Beschäftigungsbedingungen**' im Sinne dieser Bestimmung den Anspruch eines in ein parlamentarisches Amt gewählten Arbeitnehmers auf einen von der nationalen Regelung vorgesehenen Sonderurlaub umfasst, bei dem das **Arbeitsverhältnis** in der Weise **ausgesetzt** wird, dass der Fortbestand der Stelle dieses Arbeitnehmers sowie seine Beförderungsrechte bis zum Ablauf dieses Parlamentsmandats sichergestellt werden."

"2. Paragraph 4 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, die im Anhang der Richtlinie 1999/70 enthalten ist, ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die es ausnahmslos ausschließt, einem **befristet beschäftigten Arbeitnehmer** zur **Ausübung eines politischen Mandats** eine Beurlaubung zu gewähren, bei der das Arbeitsverhältnis bis zur Wiedereingliederung dieses Arbeitnehmers nach Ablauf dieses Mandats ausgesetzt wird, während **Dauerbeschäftigten** dieses Recht zusteht" (EuGH, 20.12.2017 - C-158/16 - Leitsätze - Spanien).

7.28 Sozialversicherungspflicht - 1

Die Versicherungspflicht setzt ein **Beschäftigungsverhältnis** i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV voraus. Beschäftigung ist die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Dabei kann die **tatsächliche Arbeitsleistung**, besonders dann, wenn das Arbeitsverhältnis bereits in der Vergangenheit tatsächlich vollzogen worden war, auch durch andere Umstände ersetzt werden. Insoweit gilt: *"Eine die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung begründende Beschäftigung kann auch dann vorliegen, wenn bei fortlaufender Zahlung des Arbeitsentgelts der Arbeitnehmer einvernehmlich und unwiderruflich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt ist"* (BSG, 24.09.2008 - B 12 KR 22/07 R Leitsatz).

7.29 Sozialversicherungspflicht - 2

Der Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses steht es nicht entgegen, wenn ein **einmal vollzogenes Arbeitsverhältnis** durch eine **Freistellung**, die auf Grund eines Gesetzes oder einer besonderen vertraglichen Vereinbarung erfolgt, modifiziert wird. § 7 Abs. 1a SGB IV , der im Sinn einer übergreifenden Regelung Zweifel am (Fort-)Bestehen einer entgeltlichen Beschäftigung im Zusammenhang mit Maßnahmen zur **Flexibilisierung der Arbeitszeit** beseitigen soll, bestätigt das beispielhaft für die dort spezialgesetzlich geregelten Fälle. Im Übrigen besteht die Sozialversicherungspflicht ja auch im Fall von Bildungsurlaub, Entgeltfortzahlung und Urlaub weiter (BSG, 24.09.2008 - B 12 KR 27/07 R).

7.30 Störende Ereignisse

Obwohl die hier vorgestellte Entscheidung den BUrlG-Mindesturlaub betrifft, spricht einiges dafür, sie auf Freistellungstatbestände analog anzuwenden (Ansicht d. Verf.): Der Arbeitgeber hat als Schuldner des Urlaubsanspruchs mit **Festlegung des Urlaubszeitraums** – und der vorbehaltlosen Zusage des Urlaubsentgelts – nach § 7 Abs. 1 BUrlG alles Erforderliche getan (§ 243 Abs. 2 BGB), um den Urlaubsanspruch zu erfüllen. Wenn danach urlaubsstörende Ereignisse eintreten, fallen diese Ereignisse entsprechend § 275 Abs. 1 BGB "als **Teil des persönlichen Lebensschicksals** grundsätzlich in den Risikobereich des einzelnen Arbeitnehmers." Bloß dann, wenn Tarifpartner oder der Gesetzgeber – wie er es in den §§ 9, 10 BUrlG vorsieht – besondere Regelungen für die Nichtanrechnung von Urlaub treffen, scheidet eine **Umverteilung des Risikos** zugunsten des Arbeitnehmers aus (s. dazu BAG, 18.03.2014 - 9 AZR 669/12 ; BAG, 10.05.2005 - 9 AZR 251/04 u. BAG, 09.08.1994 - 9 AZR 384/92). Denn: "Die Bestimmungen der §§ 9, 10 BUrlG sind nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmvorschriften" (BAG, 25.08.2020 – 9 AZR 612/19 - mit Literaturhinweisen).

7.31 Streitwert bei Mehrvergleich

"1. Vereinbaren die Parteien in einem gerichtlichen Vergleich eine Freistellung des Arbeitnehmers, ohne dass die Parteien zuvor über den Gegenstand der Freistellungsregelung gestritten haben oder sich außergerichtlich bindend auf eine Freistellung verständigt haben, ist die Freistellungsregelung bei der **Einigungsgebühr** als Mehrvergleich **zu berücksichtigen**. 2. Jedenfalls dann, wenn die Dauer der vereinbarten Freistellung einen Monat übersteigt, beträgt der Vergleichsmehrwert der Freistellungsregelung **ein Bruttomonatsgehalt**" (LAG Hamburg, 26.01.2016 - 6 Ta 29/15 - Leitsätze).

7.32 Streitwert Einhaltung Betriebsvereinbarung

Es gibt Fälle, in denen es nicht so einfach ist, den für die Berechnung der Anwalts- und Gerichtsgebühren zutreffenden Streitwert zu finden. Geht es um eine direkt **in EUR und Cent** bezifferbare Entgeltforderung, ist die Sache klar. Dann ist der Betrag der Forderung der Streitwert. Schwieriger wird es dagegen, wenn die Angelegenheit **nicht direkt in Geld** beziffert werden kann. Beispielsweise, wenn es um Verstöße des Arbeitgebers gegen eine Betriebsvereinbarung geht, weil er Mitarbeiter ohne Genehmigung des Betriebsrats einfach aus dem Frei geholt hat. Wenn nichts weiterbringt, nimmt man häufig den so genannten "**Hilfswert**" aus § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG : 5.000,00 EUR. Nur: Wird dem Arbeitgeber vorgeworfen, in eineinhalb Jahren etwa 4.000 mal gegen die zu beachtende Betriebsvereinbarung verstoßen zu haben, reicht dieser Hilfswert nicht mehr (LAG Schleswig-Holstein, 10.11.2021 - 5 Ta 77/21) .

7.33 Suspendierung

Lehrer L war in Verdacht geraten, **kinder- und jugendpornografisches Material** besessen zu haben. Dienstherr D verbot L daraufhin, seine Dienstgeschäfte bis zur endgültigen Klärung des Sachverhalts auszuüben. Das **Strafverfahren** gegen L wurde ohne abschließende Klärung gegen Zahlung eines Geldbetrags eingestellt und L versuchte daraufhin, sich mit einem Eilantrag wieder in den Unterricht zu bringen. Erfolglos. Nach § 39 Satz 1 BeamtStG kann einem Beamten die Führung seiner Dienstgeschäfte verboten werden, wenn es dafür **zwingende dienstliche Gründe** gibt. Und die lagen hier vor: Der Verdacht des Besitzes kinder- und jugendpornografischen Materials ist mit der Wahrung des Ansehens der Lehrerschaft und dem Lehr- und Erziehungsauftrag nicht vereinbar (VG Gelsenkirchen, 19.10.2022 - 1 L 1301/22).

7.34 Teilnahme an Betriebsfeiern

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber G hatte mit Arbeitnehmer N Anfang Dezember 2015 eine **Freistellungsvereinbarung** geschlossen. Diese Freistellungsvereinbarung sah das Ende des Arbeitsverhältnisses mit **Erreichen des Rentenalters** vor - voraussichtlich im Februar 2018. Während N 2016 noch an einer **Karnevalsfeier** teilnehmen durfte, ließ G ihn ab Mitte 2016 außen vor. Mit seiner Klage vor dem ArbG Köln verlangte N, ihn wieder an Betriebsfeiern teilnehmen zu lassen.

Solange ein Arbeitsverhältnis nicht beendet ist, dürfen Arbeitnehmer - im Gegensatz zu Ausgeschiedenen und Betriebsrentnern - grundsätzlich an betrieblichen Veranstaltungen teilnehmen. Vorausgesetzt, diese **Veranstaltungen** sind **betriebsöffentlich** und werden den beim Arbeitgeber Beschäftigten angeboten. Eine Freistellung ist keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Will der Arbeitnehmer einen freigestellten Mitarbeiter von einer Veranstaltung ausschließen, braucht er dafür sachliche Gründe - beispielsweise ein **störendes Verhalten** des Arbeitnehmers in der Vergangenheit (ArbG Köln, 22.06.2017 - 8 Ca 5233/16 - mit dem Ergebnis, dass N wieder an Betriebsveranstaltungen teilnehmen darf).

7.35 Ungekündigtes Arbeitsverhältnis

Arbeitnehmer haben in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis grundsätzlich einen Beschäftigungsanspruch. Dieser Beschäftigungsanspruch folgt aus dem **Persönlichkeitsrecht** der Arbeitnehmer. Erst dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht selbst überwindende und **schützenswerte Arbeitgeber-Interessen** entgegensetzen kann, darf er einen Mitarbeiter auch gegen dessen Willen von der Arbeit suspendieren. Und das gilt auch für einen **Klinikbetreiber**. Will der nach einem Chefarztwechsel eine ordentlich unkündbare geschäftsführende Oberärztin freistellen, um mit ihrer Freistellung die Aufhebung des Vertragsverhältnisses zu erzwingen, reicht dieses - nicht schutzwürdige - Arbeitgeber-Interesse für die einseitige Freistellung der Mitarbeiterin nicht (LAG Schleswig-Holstein, 06.02.2020 - 3 SaGa 7 öD/19).

7.36 Urlaub nach Freistellung

Der vereinfachte Fall: Eine Arbeitnehmerin wurde vom 01.01.2011 bis zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses am 30.09.2011 mit unbezahlttem Sonderurlaub freigestellt. Nach Ende des Arbeitsverhältnisses verlangte die Arbeitnehmerin Abgeltung ihrer nicht genommener Urlaubstage aus dem Jahr 2011. Und das sogar mit Erfolg.

Der Arbeitgeber ist nur dann berechtigt, den gesetzlichen Mindesturlaub zu kürzen, wenn ihm das Gesetz - wie beispielsweise bei der Elternzeit oder beim Wehrdienst - diese Kürzung erlaubt. Das bloße Ruhen eines Arbeitsverhältnisses führt nicht dazu, dass der Urlaubsanspruch entfällt. Das Entstehen der gesetzlichen Mindesturlaubsansprüche setzt nur den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraus. Es wird keine tatsächliche Arbeitsleistung verlangt (BAG, 06.05.2014 - 9 AZR 678/12).

7.37 Vergleichsmehrwert

In einem **Kündigungsrechtsstreit** kommt es häufig vor, dass die Parteien in ihrem Beendigungsvergleich auch eine Freistellung des Arbeitnehmers vereinbaren. Wenn diese Freistellung nicht bereits vor Vergleichsschluss vereinbart wurde oder Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung ist, löst sie gebührenmäßig einen so genannten "Vergleichsmehrwert" aus. Der Grund dafür: Die Parteien einigen sich über eine für sie **"werthaltige Frage"**, die bislang nicht Streitgegenstand war. Dabei ist die Freistellung als "Gegenstück" des Beschäftigungsanspruchs anzusehen - mit der Folge, dass der Vergleichsmehrwert für die

Freistellung **mit einem Bruttomonatsgehalt** zu bewerten ist, wenn sie den Zeitraum eines Monats übersteigt (LAG Hamburg, 14.09.2016 - 6 Ta 23/16) .

7.38 Verrechnung mit dienstfreien Zeiten

Beamtin B, die in einer Justizvollzugsanstalt tätig war, wurde nach dem positiven Corona-Test eines Kollegen und eines Häftlings für eine Woche dienstfrei gestellt, weil bis auf wenige Ausnahmen alle Arbeitsbereiche der JVA geschlossen wurden. Dienstherr D verrechnete B's **Mehrstunden** mit den wegen der Schließung angefallenen **Minusstunden**. Dagegen wehrte sich B - im Ergebnis jedoch ohne Erfolg. D durfte das durch den pandemiebedingten Wegfall ihres Tagesdienstes entstandene **Stundendefizit** verrechnen. Coronabedingt ist es einem Dienstherrn durchaus erlaubt, seine Dienstpläne auch kurzfristig zu ändern und einer aktuellen Lage anzupassen. Demgegenüber muss das persönliche Interesse des Beamten, über den Ausgleich seiner Mehrstunden frei entscheiden zu können, zurücktreten (VG Koblenz, 19.04.2022 - 5 K 902/21.KO).

7.39 Verstoß gegen Corona-Testpflicht

Über Sinn und Zweck von Corona-Schutzmaßnahmen sollte man nicht streiten – schon gar nicht mit dem Ziel, sich allen Maßnahmen des Arbeitgebers zum Schutz seiner Mitarbeiter vor COVID-19-Erkrankungen entziehen zu wollen. **Coronaleugner und Impfverweigerer** gibt es auch im Arbeitsleben, sie müssen allerdings mit Konsequenzen rechnen. Zur Umsetzung der ihn treffenden arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der SARS-CoV-2-Pandemie kann ein Arbeitgeber nämlich berechtigt sein, auf **Grundlage eines betrieblichen Schutz- und Hygienekonzepts** einseitig Corona-Tests anzuordnen . Zum einen trifft ihn nach § 618 BGB die Verpflichtung, Schutzmaßnahmen gegen die Gefahren Leben und Gesundheit seiner Mitarbeiter zu treffen (Fürsorgepflicht). Zum anderen ist er nach § 106 Satz 2 GewO berechtigt, zur **Umsetzung dieser arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen** Weisungen hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens seiner Mitarbeiter im Betrieb zu erteilen. Wer dann als Testverweigerer nicht beschäftigt wird, hat wegen seines fehlenden Leistungswillens keinen Anspruch auf Verzugslohn (so: BAG, 01.06.2022 - 5 AZR 28/22 - als Bestätigung von LAG München, 26.10.2021 - 9 Sa 332/21).

7.40 Verzicht auf die Arbeitsleistung

Stellt der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter unter Vergütungsfortzahlung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung **frei**, erklärt er damit einen **Verzicht auf das Angebot der Leistung Arbeit** und die Leistung dieser Arbeit. Der Arbeitgeber kommt mit diesem Verzicht in **Annahmeverzug**, ohne dass der Arbeitnehmer ihm die Leistung Arbeit - wörtlich oder tatsächlich - zuvor anbieten muss (BAG, 26.06.2013 - 5 AZR 432/12).

7.41 Vorläufige Dienstenthebung wg. "Dschungelcamp"

Der vereinfachte Fall: **Lehrerin L** wollte von ihrem Dienstherrn für die Zeit vom 11.01.2016 bis zum 27.01.2016 **Sonderurlaub** haben, weil sie ihre am RTL-Dschungelcamp teilnehmende Tochter nach Australien begleiten wollte. L's Dienstherr lehnte den Sonderurlaub ab. Daraufhin reichte L bei ihm am 07.01.2016 für die Zeit vom 07.01.2016 bis 29.01.2016 eine **Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** ein. Nachdem der Dienstherr L anlässlich einer RTL-Videobotschaft im Fernsehen wahrgenommen hatte, leitete er ein Disziplinarverfahren gegen sie ein, enthob sie vorläufig ihres Dienstes und ordnete die Einbehaltung der Hälfte ihrer Dienstbezüge an. Dagegen wehrte sich L.

Mit Blick auf L's Verhalten ist davon auszugehen, dass im **Disziplinarverfahren** die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis ausgesprochen wird. L hat sich die verweigernde Befreiung von der Dienstpflicht durch ein planvolles, berechnendes und **rechtswidriges Verhalten** erschlichen. Auch ihre fehlende Einsicht in das falsche Verhalten (nach der Tat, Anm. d. Verf.) lassen nicht darauf schließen, dass sie zukünftig die Gewähr dafür bietet, ihre Dienstpflichten trotz möglicher entgegenstehender privater Belange zu erfüllen. Sie hat ihre **Vorbildfunktion** als Lehrerin in untragbarer Weise verletzt. Erschwerend kommt noch hinzu, dass L im laufenden Verfahren entgegen eindeutiger Vorgaben ihres Dienstherrn noch ein bundesweit erscheinendes Zeitungsinterview gegeben hatte (OVG Niedersachsen, 09.02.2018 - 3 ZD 10/17 - mit dem Ergebnis, dass die vorläufige Dienstenthebung korrekt war).